

te el juicio de testamentaria, ó por otra causa, no puede aun saberse la importancia del caudal del menor.

**Discernimiento.**—Las leyes de Partida no exigieron el discernimiento ó confirmacion del Juez para que el tutor nombrado por el padre entrase á desempeñar su cargo; pero sí exigieron dicha confirmacion como indispensable para que pudiera ejercer la guarda del huérfano y usar de sus bienes el tutor nombrado por la madre ó por una persona estraña, y tambien el nombrado por el padre ó su hijo natural (1); supliendo así en estos casos con la autoridad judicial la falta de autoridad paterna. La práctica, sin embargo, no era uniforme respecto al tutor nombrado por el padre, siendo la opinion mas comun que necesitaba del discernimiento, á no ser que el cargo recayese en la madre, ó en persona facultada por el testador para administrar sin dicho requisito. Los artículos que comentamos exigen el discernimiento para todos los casos, cuya reforma nos parece conveniente, porque así, en beneficio de los menores, se facilita la inspeccion judicial sobre el cumplimiento de las leyes que se refieren á la tutela, á la vez que se dá al tutor un título para acreditar su personalidad. En la introduccion de la seccion 5ª del presente título y en el comentario del artículo 1270 explicaremos la naturaleza y efectos del discernimiento, cuya forma puede verse en los *Formularios*.

Pero no solo ha de preceder al discernimiento la prestacion de fianzas, cuando no está relevado de ellas el tutor, segun hemos dicho; sino tambien el señalamiento de frutos por pension, ó de lo que el menor deba consumir en esta educacion y alimentos, y del tanto por ciento que el tutor haya de devengar por administracion; y además, la obligacion de éste á desempeñar bien y fielmente los deberes de su cargo, como previenen los artículos 1261 y 1269. (*Véanse con su comentario*.)

Nada se dispone acerca de la *aceptacion* del cargo por el tutor testamentario y es sin duda porque, en la redaccion de los artículos que estamos comentando, dominaria la idea de que el mismo tutor pedirá el discernimiento, lo cual supone su *aceptacion*. Pero puede suceder que la *peticion* nazca de los parientes del menor, ó de otro interesado; ó que el Juez lo acuerde de oficio al prevenir el juicio necesario de testamentaria; en estos casos es indispensable hacer saber al tutor el nombramiento para que lo acepte, como lo previenen los arts. 1227 y 1228 respecto de los tutores legítimos y dativos pues pudieran asistirle causas legítimas para escusarse; y una vez aceptado, se practicará lo que queda espuesto. En caso de *escusa*, véase en el comentario del art. 1230 el procedimiento que habrá de seguirse para decidir acerca de ella.

Réstanos esponer el procedimiento que ha de emplear para discernir el cargo á los tutores testamentarios. Ante todo es necesario acreditar el nombramiento hecho por el padre, como previene el art. 1219, y lo mismo el hecho en su caso por la madre, ó por la persona que haya instituido heredero al menor, ó le haya dejado un legado de importancia. Esta justificacion se hará presentando copia fehaciente del testamento ó codicilo, ó por lo menos de la cabeza y pié del mismo y de la cláusula de nombramiento de tutor, y tambien de la que contenga el legado ó institucion de heredero, si el nombramiento procede de un estraño. Si el mismo tutor elegido presenta este documento pidiendo se le discierna el cargo, se acordará que preste las fianzas correspondientes, en la forma que se dirá en el comentario que sigue, caso que no aparezca haber sido relevado de ellas, y tambien cuando el Juez estime que debe darlas por hallarse en el caso del art. 1223. Y si fuese deducida la *peticion* por otra persona ó de oficio, se hará saber al autor el nombramiento para que lo acepte, y preste en su caso la fianza. Despues se hará la designacion de alimentos y tanto por ciento de administracion, ó la de frutos por pension, con arreglo á lo que se espondrá en el comentario

Leyes 3ª, 6ª y 8ª, tít. 16, Part. 6ª

del art. 1261; y otorgada la obligacion de que habla el 1269, se hará el discernimiento del cargo conforme al 1270, y se practicará lo demás que indicaremos en el comentario de este último artículo.

#### ARTICULO 1224.

*El importe de las fianzas se determinará con audiencia del Promotor. La misma audiencia deberá prestarse para la apreciacion y aprobacion de las que se dieren.*

#### ARTICULO 1225.

*En los casos en que el menor tuviere con anterioridad nombrado curador para pleitos, se oirá á éste sobre la importancia y aprobacion de las fianzas en lugar del Promotor.*

Lo que se dispone en estos dos artículos es de aplicacion general á todos los casos en que los tutores ó curadores deban dar fianzas, como lo evidencian, además del sentido comun, la referencia que á ellos hace el art. 1227, y el contenerse igual disposicion en los arts. 1240, y 1241, y en el 1248. Se hubieran evitado estas repeticiones, y se hubiese seguido además el orden natural y lógico de los procedimientos habiéndose colocado en la seccion 5ª, á continuacion del art. 1267, cuya disposicion y la de los que le preceden es necesario tener presentes para determinar el importe de las fianzas, y para la apreciacion y aprobacion de las que se dieren. (*Véanse dichos artículos y su comentario, y tambien el del 1220.*) Sin embargo, como debemos comentar la disposicion de cada artículo en el lugar en que se halla colocado, esponderemos aquí el procedimiento que establecen los dos de que se trata, completándolo con lo que ordenan respecto de él la reciente Ley hipotecaria y el Reglamento para su ejecucion, al tratar de la hipoteca por razon de tutela ó contaduría.

Ya se ha dicho en el comentario anterior, que una de las cosas, que deben preceder al discernimiento del cargo de tutor testamentario, es la prestacion de fianzas, cuando deba darlas; y lo mismo ha de entenderse respecto de los tutores legítimos y dativos, y de los curadores: de suerte que, sin haberse otorgado y aprobado la fianza, no puede discernirse el cargo. A este fin es necesario determinar antes el importe ó entidad de la fianza que deba darse; y despues de otorgada esta, con sujecion á la cuantía que se haya fijado, debe prestarle el Juez su aprobacion, si estima suficientes los bienes que se ofrezcan en hipoteca. Tanto aquello como esto debe practicarse con audiencia del curador para pleitos, si el menor lo tuviese nombrado con anterioridad; y no teniéndolo, con la del Promotor fiscal, á quien está confiada la proteccion y defensa de tales personas. Esto es lo que disponen los dos artículos que estamos comentando.

Para determinar la importancia ó entidad de la fianza, debe tenerse presente que ha de ser proporcionada al caudal del menor, con exclusion de los bienes inmuebles, y al sobrante de sus rentas ó productos, despues de deducidos los alimentos y el tanto por ciento de administracion, cuando no se entienda frutos por pension el desempeño del cargo (arts. 1266 y 1267). A este fin es necesario justificar cumplidamente, como ordena el art. 147, que luego se insertará, del Reglamento para la ejecucion de la Ley hipotecaria, el importe del capital que consista en bienes muebles, y el de la renta de los inmuebles, que constituyan el caudal del huérfano, para graduar por uno y otro la cantidad de la hipoteca que deba constituirse. El mismo tutor ó curador deberá suministrar esta justificacion por cualquiera de los medios, que permite la regla 6ª del artículo 1208, y que indicamos en su comentario. Despues de practicada, se oirá al Promotor fiscal, el cual, si no la encontrase cumplida, podrá pedir que se amplie propo-

niendo lo que haya de practicarse. Y en vista del resultado de estas actuaciones, el Juez fijará la cantidad ó importe de la fianza.

Esta fianza ha de ser siempre hipotecaria, como previene el artículo 1265. Acerca de ella la *Ley hipotecaria* de 8 de Febrero de 1861 dispone lo siguiente:

"Art. 214. Los tutores ó curadores obligados á dar fianza, deberán constituir hipoteca especial á favor de las personas que tengan bajo su guarda, con sujecion á lo dispuesto en el título III, parte segunda de la *Ley de Enjuiciamiento civil*.

"Art. 215. Si la hipoteca constituida por el tutor ó curador llegare á ser insuficiente, el Juez exigirá, á su prudente arbitrio, una ampliacion de fianza, ó adoptará las providencias oportunas para asegurar los intereses del menor ó incapacitado.

"Art. 216. La ampliacion de fianza de que trata el artículo anterior, podrá pedirse por cualquiera persona, ó decretarse de oficio en cualquier tiempo en que el Juez lo estime conveniente; pero guardándose, en todo caso, las formalidades prevenidas en la *Ley de Enjuiciamiento civil* para la constitucion de la primera fianza.

"Si el Juez no creyere procedente exigir dicha ampliacion, deberá disponer el depósito del sobrante de las rentas, ó la imposicion de los fondos, conforme á lo determinado en los núms. 4.º y 5.º del artículo 1272 de la citada *Ley de Enjuiciamiento civil*."

El *Reglamento general para la ejecucion de dicha Ley hipotecaria*, aprobado por Real decreto de 21 de Junio de 1861, establece el procedimiento que ha de seguirse para la constitucion y aprobacion de la hipoteca ó fianza de que se trata, y su inscripcion en el Registro de la propiedad. Sus disposiciones sobre esta materia son el complemento ó ampliacion de lo que ordena el art. 1224 que estamos comentando, por cuya razon es indispensable tenerlas aquí presentes. Dicen así:

"Art. 147. En el expediente que habrá de seguirse para discernir el cargo á los tutores ó curadores no relevados de fianza, se justificará cumplidamente el importe del capital, que consista en bienes muebles, y el de la renta de los inmuebles, que constituyan el caudal del huérfano, á fin de graduar por uno y otro la cantidad de la hipoteca que deba constituirse.

"Art. 148. En el expediente de que trata el artículo anterior, se justificará asimismo la propiedad de los bienes que se ofrezcan en hipoteca, mediante la presentacion de los títulos de su última adquisicion de dominio; la libertad de dichos bienes ó las cargas anteriores que tuvieren, con la certificacion correspondiente del registro de hipotecas, y el valor de los mismos bienes, por capitalizacion, al tipo que se acostumbre en cada lugar, por los recibos de la contribucion territorial que hayan pagado el último año, ó por certificacion de peritos.

"Art. 149. Oido el promotor fiscal, ó el curador para pleitos, en su caso, sobre el importe de la fianza, conforme á lo prevenido en los artículos 1224 y 1225 de la *Ley de Enjuiciamiento civil*, y considerando el Juez suficientes las fincas ofrecidas en hipoteca, se constituirá ésta por medio de un acta, que estenderá el escribano en el mismo expediente, firmará el tutor ó curador, y aprobará el Juez en auto separado.

"Art. 150. Del acta de constitucion de hipoteca, estendida en el expediente de tutela ó curaduría, y del auto de su aprobacion, se darán dos copias autorizadas al tutor ó curador nombrado, para que en su vista se hagan en el registro las inscripciones correspondientes.

"Una de estas copias quedará en el registro y la otra se devolverá al interesado, con nota de quedar hecha la inscripcion.

"Mientras esta última copia no se devuelva al juzgado y se una al expediente, no podrá discernirse el cargo al tutor ó curador.

"Art. 151. El acta de la constitucion de hipoteca y su inscripcion en el registro, espresarán las circunstancias siguientes:

1.º El nombre del tutor ó curador, y el de la persona que lo haya nombrado.

2.º La clase de la tutela ó curaduría.

3.º La clase del documento en que se haya hecho el nombramiento, y su fecha.

4.º La circunstancia de no haber relevacion de fianzas, ó la de que, á pesar de haberla, el Juez ha creido necesario exigirlas (1).

5.º El importe del capital y rentas del huérfano ó incapacitado, distinguiendo la parte que se halle en bienes raíces, de la que consista en otra clase de bienes.

6.º El importe de la fianza que se haya mandado prestar, espresando si se ha fijado con audiencia del Promotor fiscal, ó del curador para pleitos del menor.

7.º Relacion de las fincas ofrecidas en fianza, con expresion del valor y cargas de cada una, y del título de su última adquisicion, todo con referencia á los títulos de propiedad y certificaciones del registro y avalúos que se hayan presentado.

8.º Acto de constitucion de la hipoteca, por la cantidad señalada para la fianza.

9.º Designacion de la cantidad porque cada finca quede hipotecada, segun la distribucion que se hubiere hecho, con aprobacion del Juez (2).

10. La fecha del acta, el nombre del escribano ante quien se haya celebrado y la firma del tutor ó curador, ó del que por él hubiere constituido la hipoteca.

11. La inscripcion hipotecaria hará mencion además del auto de aprobacion de la hipoteca, dictado por el Juez.

"Art. 152. Si el huérfano ó incapacitado poseyere bienes inmuebles, el Juez, al tiempo de aprobar el acta de constitucion de la hipoteca por los demás bienes, mandará que en las inscripciones de propiedad de los primeros, á favor del mismo huérfano ó incapacitado, se pongan notas marginales, indicando que su administracion corresponde al tutor ó curador nombrado....

"Art. 153. La nota marginal, de que trata el artículo anterior, se mandará poner por el Juez, aun en el caso de que discierna el cargo al tutor ó curador sin exigirle fianza."

Acerca de estas disposiciones solo haremos notar que el mismo tutor ó curador, que dé la fianza, debe presentar los documentos de que habla el art. 148 del citado Reglamento para justificar los extremos que en él se espresan. Cuando sea necesario el justiprecio para acreditar el valor de los bienes que hipoteque, podrá pedir al Juez que nombre los peritos que hayan de practicarlo, estendiéndose, en tal caso, la declaracion de estos en el expediente, cuyo medio legal nos parece preferible al de presentar una certificacion librada extrajudicialmente, como parece permitirlo tambien dicho artículo.

Y aunque de las palabras del art. 149 del propio Reglamento pudiera deducirse que solo debe oirse al Promotor fiscal, ó al curador *ad litem* en su caso, para determinar el importe de la fianza, su referencia á los artículos que estamos comentando demuestra que estos quedan vigentes en todo, y que debe por tanto concederse la misma audiencia para la apreciacion y aprobacion de las fianzas, como prescribe el párrafo 2.º del 1224. De consiguiente, en primer lugar se determinará del modo dicho el importe de la fianza, y suministrada la justificacion sobre la propiedad, libertad, y valor de las fincas ofrecidas en hipoteca con arreglo al art. 148 antes citado se volverá á oír al Promotor ó curador para pleitos; y en vista de lo que el uno ó el otro haya espuesto y de lo que resulte del expediente, el Juez dictará providencia declarando suficientes, si así procede, las fincas ofrecidas, y mandando estender el acta de constitucion de la hipoteca. Esta diligencia ó acta, que se estenderá en el mismo expediente, además de estar firmada por el tutor ó curador, ó por el que hubiese constituido la hipoteca, será auto.

1. Véase sobre esto el art. 1223 de la presente *Ley de Enjuiciamiento civil*.  
2. Esto es una consecuencia de lo que dispone el art. 119 de la *ley hipotecaria*, que dice así: "Cuando se hipotequen varias fincas á la vez por un solo crédito, se determinará la cantidad ó parte de gravámen de que cada una deba responder."

rizada por el escribano, el cual dará despues cuenta al Juez para que dicte el auto de aprobacion de la misma. En el propio auto se mandará que se hagan en el registro las inscripciones correspondientes, y se pongan en su caso las notas de que habla el artículo 152 del antedicho Reglamento; y ejecutado todo, y acreditado en el expediente del modo que previenen los arts. 150 y 151, se discernirá el cargo al tutor ó curador.

Por último, la *Instrucción sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos á registro*, aprobada en 12 de Junio de 1861, de conformidad con las disposiciones antes citadas, contiene la siguiente:

“Art. 69. La hipoteca por tutela ó curaduría se otorgará en el mismo expediente que se siga para el nombramiento de tutor, estendiendo un acta, la cual, además de las circunstancias de las hipotecas voluntarias, espresará: 1º El nombre, apellido, edad, estado, profesion y domicilio del tutor nombrado: 2º La persona ó autoridad que haya hecho el nombramiento. 3º La clase de la tutela ó curaduría. 4º El documento en que se haya dicho nombramiento, y su fecha. 5º La circunstancia de no haber relevacion de fianzas, ó de que, á pesar de haberla, el Juez ha creído necesario exigir las. 6º El importe del capital y de las rentas del huérfano ó incapacitado, distinguiendo la parte que se halle en bienes raíces de la que consista en otros bienes. 7º El importe de la fianza que se haya mandado prestar, espresando si se ha fijado con audiencia del Promotor fiscal ó del curador para pleitos. 8º El auto de aprobacion de la hipoteca, dictado por el Juez.”

Acerea de los casos en que el menor podrá tener nombrado con anterioridad curador para pleitos, véase el comentario de los arts. 1253 y 1254.

#### ARTICULO 1226.

*No habiendo tutor nombrado por el padre, la madre, ú otra persona que haya instituido heredero al menor, ó dejándole manda de importancia, designará el Juez para este cargo al pariente á quien corresponda con arreglo á la ley.*

#### ARTICULO 1227.

*Prévia la aceptacion del designado y la prestacion de las fianzas en la forma que queda prevenida, se le discernirá el cargo.*

A falta de tutela testamentaria tiene lugar la *legítima*, llamada así por ser la que la ley confiere á los parientes mas próximos del huérfano. De conformidad en este punto con nuestro antiguo derecho, ordena el art. 1226 que, “no habiendo tutor nombrado por el padre, la madre, ú otra persona que haya instituido heredero al menor, ó dejándole manda de importancia,” cuyas personas son las que, segun los arts. 1219, 1221 y 1222, pueden nombrar tutor en testamento, “designará el Juez para este cargo al pariente á quien corresponda con arreglo á la ley.” Estos parientes son, en primer lugar, y con preferencia á todos, la madre; en segundo lugar los abuelos; y á falta de aquella y de éstos, los parientes colaterales del huérfano, dando la preferencia á los mas próximos (1). Fúndase este órden en la presuncion de cariño, y en el principio importado del Derecho romano, de que *ubi successio est emolumentum, ibi et tutela onus esse debet*.

La ley de Partida antes citada colocó á la abuela despues de la madre, y no hizo mencion de los abuelos, sin duda porque, segun aquella legislacion, el abuelo paterno ejercia los derechos de la patria potestad sobre sus nietos y demás descendientes de sus

1. Ley 9ª, tít. 16, Part. 6ª.

hijos (1), y el materno estaba comprendido en la denominacion general de *parientes*; y si habló espresamente de la madre y de la abuela fué para escluir las de la prohibicion general, impuesta á las mujeres para ejercer el cargo de la tutela. Pero desde que por consecuencia de la ley 47 de Toro (2) quedaron los abuelos paternos privados de aquellos derechos, se estableció la jurisprudencia de que fueran llamados á la tutela legítima despues de la madre, lo mismo que los maternos, y por esto hemos colocado á los abuelos conjuntamente, y aun tambien la abuela paterna con el abuelo materno, y vice-versa, cuando así lo solicitaren, por estar todos en igual grado de parentesco, el Juez podrá elegir al mas idóneo, como luego diremos.

En cuanto á los parientes colaterales debe ser preferido el mas próximo en grado, respecto del menor, á los mas remotos; y si hubiere dos ó mas en un mismo grado, todos tienen derecho á encargarse conjuntamente de la tutela (3). Sin embargo, como en tal caso pudieran suscitarse cuestiones y desavenencias entre los tutores con perjuicio del menor y de sus intereses, á fin de evitarlo tiene dispuesto la ley (4), que el Juez elija entre ellos y confiera la tutela al que ofrezca mejores garantías, ó al que considere mas idóneo para el cargo y “mas provechoso á los mozos.” Lo mismo habrá de entenderse para el caso antedicho en que concurren á ser tutores los abuelos paternos y maternos. Esa facultad, que es tan necesaria en el Juez para el bien de los menores, se halla reconocida implícitamente por el art. 1229. En tales casos convendrá observar lo que para otro análogo dispone el 1246.

La generalidad con que principia el art. 1226 “no habiendo tutor nombrado por el padre,” etc., resuelve, en nuestro concepto, la duda suscitada por los prácticos acerca de los casos en que podia tener entrada la tutela legítima. Segun dicho artículo, tendrá ésta lugar siempre que no haya tutor testamentario, lo cual sucederá, no solo en los tres casos que marca la ley 9ª, tít. 16, Part. 6ª, de que el padre haya muerto sin testar, ó de no haber nombrado tutor en el testamento, ó de que el nombrado hubiese muerto antes que el testador: sino tambien cuando el elegido no quiera aceptar el cargo ó cese, en él por cualquier motivo. Esta doctrina se halla confirmada por el artículo 1228, segun el cual solo tendrá lugar la tutela dativa cuando no haya pariente á quien designar. Luego, no habiendo tutor testamentario, han de ser preferidos en todo caso los parientes á los estraños, siempre que aquellos reúnan las cualidades necesarias para el desempeño de la tutela, como lo evidencia tambien el art. 1229.

Aunque el mismo art. 1226, que estamos comentando, impone al Juez la obligacion de designar para el cargo de tutor, á falta de testamentario, al pariente á quien corresponda con arreglo á la ley, no por esto puede considerarse á ese mismo pariente privado del derecho de pedir que se le confiera el cargo, y mas cuando de no hacerlo, ó de no pedir que se provea de tutor al huérfano, perderia el derecho de heredarle ab-intestato, como dirémos en el comentario siguiente. De suerte que tanto de oficio como á instancia de los parientes, ó de cualquiera otra persona, pues la accion es popular, debe el Juez hacer el nombramiento de tutor legítimo á los menores, que no lo tengan testamentario. Para ello habrá de informarse de las cualidades de los parientes, á fin de hacer uso de la facultad que le concede el art. 1229, si ninguno de aquellos fuere idóneo para el cargo. Sobre quién sea el Juez competente para estos actos, véase lo dicho en este tomo.

1. Leyes 1ª y 2ª, tít. 17, Part. 4ª.  
2. Leyes 3ª, tít. 5ª, lib. 10 de la Nov. Rec.  
3. Ley 9ª, tít. 16 Part. 6ª.  
4. Ley 11, id., id.

Hecho el nombramiento, se notificará al designado para su aceptación y prestación de fianzas, y luego se le discernirá el cargo, como dispone el art. 1227. Pero téngase presente, que al discernimiento han de preceder también las demás diligencias que determinan los arts. 1261 y 1269. (Véanse con su comentario.) Las fianzas se prestarán en la forma prevenida en los arts. 1224 y 1225, teniendo presente cuanto hemos dicho en su comentario. La obligación de afianzar, impuesta también por las leyes de Partida (1), comprende á todos los tutores legítimos, puesto que á ninguno se exime de ella, viniendo así á resolver, de acuerdo con la práctica, la duda suscitada por algunos intérpretes acerca de si la madre y la abuela estaban sujetas á dicha obligación.

Nótese también, que la nueva Ley no exige á los tutores el juramento de conducirse bien en su cargo, prevenido por las leyes de Partida (2), las cuales por tanto han sido modificadas en este punto. Hoy bastará la simple aceptación, y la obligación de que habla el art. 1269, juntamente con la fianza: y aún la diligencia de aceptación será innecesaria cuando el mismo pariente, á quien corresponda la tutela, haya pedido que se le confiera el cargo, pues este acto la dá por supuesta. Además de esto, la madre y la abuela habrán de prometer al Juez que no se casarán durante la tutela, y renunciar el beneficio legal que tienen las mujeres de no quedar obligadas por otro, como previenen las leyes 4.<sup>a</sup> y 9.<sup>a</sup>, tít. 16, Part. 6.<sup>a</sup>; y si se casaren, perderán la tutela, y el Juez deberá conferirla al pariente más idóneo, como previene la ley 5.<sup>a</sup> del mismo título. Sin embargo hoy puede el Rey autorizar á las madres que pasan á segundas nupcias para continuar en la tutela de sus hijos, como diremos al comentar el título 6.<sup>o</sup> de esta segunda parte de la Ley de Enjuiciamiento.

Indicaremos, por último, que aunque algunos autores sostienen que no es obligatoria la aceptación de la tutela legítima, fundándose en las palabras de la ley 12, tít. 16 Part. 6.<sup>a</sup> "nin oviese pariente cercano que lo quisiese guardar," otros sostienen la opinión contraria, la cual tiene en su apoyo en la naturaleza de este cargo, que como público es obligatorio para todos, á no mediar excusa legítima; y esta es la opinión más seguida en la práctica. Solamente á la madre y la abuela escluye de dicha obligación la ley 9 del título citado, concediéndoles la facultad de aceptar ó no el cargo. La ley 2.<sup>a</sup> del mismo título previene que tendrá lugar la tutela legítima "cuando el padre non deja guardador á su fijo, nin ha pariente cercano que lo guarde; ó si lo ha, es EMBARGADO, de manera que non le puede ó non le quiere guardar," comprendiendo en estas palabras los casos de *impedimento* y de *excusas*. Luego los parientes, á escepcion de la madre y la abuela, están obligados á aceptar la tutela, á no ser que tengan *embargo*, esto es, *impedimento* ó *excusa*. Y con efecto; si el cargo de tutor es forzoso para los extranjeros, cómo no había de serlo para los parientes, que á los vínculos y deberes de la sangre reúnen la esperanza de heredar al huérfano?

## ARTÍCULO 1228.

No habiendo pariente á quien designar, se hará constar esto debidamente, y el Juez elegirá la persona que haya de desempeñar el cargo, discerniéndoselo, previo lo que queda establecido en el artículo anterior.

1. Ley 9, tít. 16, Part. 6.<sup>a</sup>2. La misma ley, y la 94, tít. 18, Part. 3.<sup>a</sup>

## ARTÍCULO 1229.

En todos los casos en que el Juez hubiere de designar tutor, puede, si el pariente más inmediato, ó cualquiera otro de los que le sigan en orden no reuniese las cualidades necesarias para el desempeño de la tutela conferirla á otra persona que merezca su confianza.

Después de haber tratado en los artículos anteriores de los tutores testamentarios y legítimos, en los dos, que vamos á comentar, se dan reglas para el nombramiento de los *dativos*, que son los que á falta de aquellos elige el Juez, confiriendo el cargo á una persona de su confianza (1). Sobre este punto no ha hecho novedad la nueva Ley.

Según estos dos artículos, tendrá lugar la tutela legítima, no solo cuando no hay parientes del menor, sino también cuando, habiéndolos, ninguno de ellos reúne las cualidades necesarias para el desempeño del cargo. Estas cualidades son las de mayor edad, aptitud, probidad y demás que las leyes exigen para poder ser tutor (2); esto es, las que causan *impedimento*, y no las que sirven de *excusa*. En dichos dos casos el Juez podrá conferir la tutela á la persona que merezca su confianza; mas para ello deberá hacer *constar debidamente* en los autos, como previene el art. 1228, que no hay pariente á quien designar, ó que ninguno de ellos, si los hay, reúne las cualidades antedichas; y lo mismo para postergar á los parientes más inmediatos dando la preferencia á otro más remoto. La justificación indicada se hará por información de testigos, por diligencia del escribano, ó del modo que, según el caso, el Juez considere más conveniente y menos dispendioso, sin necesidad de citación ni de otra solemnidad.

Aunque los jueces de primera instancia tienen la obligación de nombrar tutor á los menores que quedan desamparados, y pueden, y aun deben hacerlo de oficio, no por esto creemos derogada la ley 12, tít. 16, Partida 6.<sup>a</sup>, en cuanto ordena, que si la madre y los otros parientes, herederos ab-intestato del huérfano, no quisiesen encargarse de la tutela, lo cual ha de entenderse porque tengan excusa para ello, deben pedir al Juez que le provea de tutor; y no haciéndolo, pierden el derecho á su herencia intestada. También «los amigos del mismo, como dice la propia ley, ú otros cualesquier del pueblo deben pedir al Juez que dé al huérfano guardador,» cuando no haya parientes, ó sean negligentes en pedirlo.

Hecho el nombramiento de tutor por el Juez competente (3), ya de oficio, ya á instancia de los parientes, ó de cualquiera otra persona, se hará saber al elegido para su aceptación, fianza, obligación, y demás que respecto de los testamentarios y legítimos hemos espuesto en los comentarios anteriores, y llenados todos estos requisitos se le discernirá el cargo. Es aplicable al presente caso cuanto sobre esto se ha dicho en el comentario anterior.

Según la ley 17, tít. 1.<sup>o</sup>, lib. 6 de la Novísima Recopilación, correspondía al Rey el nombramiento de tutor ó curador de los Grandes de España. Suprimidos los *casos de corte* por el Reglamento provisional para la administración de justicia de 1835, se dudó si estaría ó no vigente esta ley. Creemos que hoy ha desaparecido tal duda, y que no debe hacerse ningún nombramiento de tutor ó curador sino con arreglo á la nueva Ley de Enjuiciamiento civil. De todos modos, no estaba ya en práctica lo dispuesto en dicha ley recopilada, por ser contrario al actual orden de cosas.

1. Leyes 2 y 12, tít. 16, Part. 6.<sup>a</sup>2. Leyes 14, tít. 16; 2.<sup>a</sup>, tít. 17, y 1.<sup>a</sup>, tít. 18, Part. 6.<sup>a</sup>

3. Sobre quién lo sea véase este tomo.